"إشكالية الخبرة الطبية في إثبات النسب أو نفيه"

ذ. عبد السلام بوزيدي*

مقدمة:

النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسر، ويرتبط به أفراده برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية، فالولد جزء من أبيه، والوالد بعض من ولده، ورابطة النسب هي نسيج الأسر الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعم الله بها على الإنسان، إذ لولاه لتفككت أواصر الأسر، وذابت الصلات بينها، ولما بقي اثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها، ولذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب[1]،فقال سبحانه وتعالى ((وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا، وكان ربك قديرا))[2].

ويعتبر النسب عند العرب علما مستقلا تخصص فيه أشخاص عرفوا بالنسابين، وكان النسب عندهم من الصفات التي يعتبرها الشعراء في مدح الخلفاء والولاة وكبار القوم، ((وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل))[3] ومنعت الأبناء من الانتساب إلى غير آبائهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من ادعي إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يم القيامة)[4] ويتمثل تشبث المغاربة بأنسابهم في حرص بعضهم على الاعتناء بشجرة الأنساب والحفاظ عليها.

والنسب كما عرفته المادة 150 من مدونة الأسرة لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف، فهو بهذا المعنى رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول وينسب فيها الولد لأبيه، سواء ترتب ذلك عن زواج صحيح أو فاسد أو شبهة كما ينسب فيها لأمه إذا أثبتت

---

* رئيس غرفة بمحكمة الاستئناف بالرباط

[1]- د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي، ج7، دار الفكر، ص 673.

[2]- سورة الفرقان، الآية، 4-5

[3]- سورة الأحزاب، الآية 4.

[4]- رواه أحمد والبخاري ومسلم (وأبو داوود وابن ماجة عن سعد بن أبي وقاص وأبي بكرة) وهو حديث صحيح.

البنوة بواقعة الولادة أو بإقرار الأم أو صدور حكم قضائي بها على ذلك. وتعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاغتصاب.

وقد حدد المشرع المغربي وسائل إثبات النسب في المادة 158 من مدونة الأسرة وهي الفراش والإقرار أو شهادة عدلين أو بينة السماع وأضاف إليها الخبرة الطبية، كما حدد في المادة 153 من نفس المدونة طريق اللعان وسيلة لنفيها. فكيف يمكن اعتماد هذه الوسيلة الجديدة بعد تقدم الطب واكتشاف البصمة الوراثية التي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من الحمض النووي الذي تحتوي عليه خلايا جسده فيما إذا تعارضت مع الوسائل الأخرى في قضية النسب إثباتا أو نفيا؟

ولمناقشة هذه الإشكالية أرى تقسيم الموضوع إلى مبحثين

المبحث الأول: الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب.

المبحث الثاني: إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه.

المبحث الأول
الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب

لم يكن القضاء المغربي إلى عهد قريب يعتد بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب بل كان يستبعدها كما يتجلى ذلك من إحدى القرارات "لكن حيث إن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب وإذا كان المشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء فإنهما لم يعتدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب ما دام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللعان"[1] كما أن أصحاب المذاهب السنية الكبرى وتابعيهم من الفقهاء لم يأخذوا بها في مجال النسب وإن كانوا يأخذون بالخبرة الطبية في مجال العيوب والجراحات كما جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون في الفصل المخصص لأهل المعرفة "ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة الجرح وعمقه وعرضه وهم الذين يتولون القصاص فيشقون على رأس الجاني أو في بدنه مثل ذلك ولا يتولى ذلك المجني عليه"[2] وإن كانوا ينصرفون إلى القافة عوضا عن الأطباء لذلك أرى قبل الحديث عن إثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية إلقاء نظرة موجزة عن القيافة مما جعلني أتناول هذا المبحث في فرعين:

الفرع الأول: إثبات نسب الولد بالقيافة

الفرع الثاني: إثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية

---

[1]- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/12/9 منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 37، ص 90 وما بعده.

[2]- ابن فرحون تبصرة الحكام، الجزء الثاني، ص 74 و 75.

الفرع الأول

إثبات نسب الولد بالقيافة

القيافة اسم لنوع من الفراسة، وهي من العلوم القديمة عند العرب وقد اشتهر بها فيهم على الخصوص بنو مدلج، وهي بطن من بطون كنانة وقد كانت شائعة أيضا عند بني أسد[1]. ومجالها إثبات النسب بالشبه، ولهذا العلم سند شرعي وهو حديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: " دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: " ألم تسمعي ما قال مجزز المدلجي لزيد وأسامة ورأى أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض[2] "وعمل الصحابة عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس بن مالك الذين ثبت عنهم الحكم بالقافة، فقد أتى رجلان عمر بن الخطاب كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا، فنظر إليه، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال: أخبريني بخبرك، فقالت: كان لأحد الرجلين، يأتي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما، ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا أدري أيهما هو، فكبر القائف فقال عمر للغلام: وآل أيهما شئت؟[3] قالوا فقضى عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير إنكار من واحد منهم وهو كالإجماع[4].

واختلف الفقهاء على رأيين في الاعتماد على القافة[5].

فرأى الحنفية أنه إذا تزوجت المعتدة بزوج سابق وأتت بولد يمكن أن يكون منها، فمن الذي يلحق به؟ فإن الأصل عندهم أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هناك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام "الولد للفراش" فإن عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان الولد بينهما ولا يعمل بقول القائف، بل يحكم بالولد الذي ادعاه اثنان لهما جميعا.

---

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية، ص 41.

- رواه البخاري في باب القائف من كتاب الفرائض وفي كتاب المناقب وأخرجه مسلم وأبو داوود والترمذي والنسائي.

[2]- ورواه جماعة عن عائشة بلفظ آخر (نيل الأوطار للشوكاني 282/6).

[3]- رواه مالك عن سليمان بن يسار.

[4]- الزحيلي المرجع السابق، ص 680 و 681.

[5]- ابن رشد بداية المجتهد 252/2 وما بعدها ابن قدامة المغني 483/7 الشوكاني، المرجع السابق.

ورأي الجمهور وهم (مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي) أنه يحكم بالقيافة، فقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك، أرأيت إن وطئها في حال الاستبراء ثم جاءت بولد، وقد سبق أن وطئها آخر قبله أيضا كيف يصنع بهذا الولد؟ قال مالك أرى أن القافة تدعى له، إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر من وطئها من طرف الرجل الأخير فإن ولدته لأقل من ستة أشهر لحق بالأول إذا أقر بالوطء إلا أن يقبلها الثاني فهي وولدها له، وإن وطئها في حال الاستبراء فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر، فألحقت القافة، الولد بالثاني، فإنها تصير أم ولده[1].

والمشهور عن الإمام مالك أنه يقضي بالقيافة في الإيماء دون الحرائر وبه القضاء كما قاله المتيطي فإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر، أو زوجته وأمته واختلطا، أو وطأ الشريكان أمة الشركة في وقت واحد فولدت واحدا وادعياه فإن القافة تدعى في جميع ذلك كما قال خليل "وإن ولدت زوجة رجل وأمة آخر واختلطا عينته القافة"[2].

وبخصوص الحكم بعمل القافة يرى بعض الفقهاء أن الاستدلال بحديث عائشة المشار إليه ليس دليلا على الوجوب ويستندون في ذلك على قوله تعالى ((ولا تقف ما ليس لك به علم))[3] كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحتاج في ذلك إلى قول أحد لأن أسامة كان نسبه لأبيه زيد بن حارثة ثابتا قبل ذلك وإنما تعجب من أصابه مجزز[4] المدلجي، وكانت الجاهلية تقدح في نسب أسامة بن زيد بسبب اللون، لأن أسامة كان اسودا وكان زيد أبوه أبيضا، فلما قضى القائف بإلحاق نسبه وكانت العرب تعتمد قول القائف فرح رسول الله عليه وسلم لكونه زجرا لهم على الطعن في النسب.

وقد كان قديما يحكم بالقافة في المغرب إلى أن ترك العمل بها على ما جرى به العمل في بلدة فاس بالمسائل التي تأتي بخلاف المشهور لما فشا وكثر من قبح حال الخصوم وحيلهم على أكل أموال الناس بالباطل ليخسأ ويطرد الذي يبغي التوصل للبغي والظلم بالوقـــوف مـــع

1- الإمام مالك المدونة الكبرى، ج 3، ص 146.
2- أحمد الرهوني، حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق.
3- سورة الإسراء الآية 36.
4- سمي هذا القائف مجزز لأنه جز نواصي قوم.

المشهور كما أشار إلى ذلك الشيخ الزقاق في لاميته[1] قال الشيخ الرهوني: إذا علم هذا أي – ترك العمل بالقافة – كان كلام الناظم مشكلا وأجيب بان المراد أنه لم يتفق وجود القافة ولو وجدت لعمل بها كما لا يخفي[2] وفي الذخيرة إذا تعذر معرفة من ينسب الولد إليه كان الفقهاء ومنهم الإمام مالك والشافعي يأخذون بالقافة[3].

وإذا كانت القافة مجرد خبرة بدائية مبنية على الحدس والتخمين وتعتمد على الفراسة لتحديد نسب الولد ومعرفة والده الحقيقي لا يمكن باستثناء الحنفية الاستغناء عنها واعتبر الفقهاء عدم العمل بها مشكل؛ ففي الوقت الراهن بعد أن قطع العلم أشواطا كبيرة وتقدم الطب واكتشفت البصمة الوراثية كوسيلة جديدة، تعين الوصول إلى الحقيقة فإنه من باب أولى، لا مانع من الأخذ بها عندما يتعذر معرفة من ينسب إليه الولد ويطلب صاحب العلاقة إجراء فحص طبي للتحقق من علاقته به ويتحمل مسؤوليته.

الفرع الثاني

إثبات النسب بواسطة الخبرة الطبية

نظم المشرع المغربي إجراءات الخبرة ضمن إجراءات التحقيق، وتحديدا الفصول من 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية بحيث بينت كيفية تعيين الخبير وأسباب تجريحه والمسطرة التي يجب عليه إتباعها أثناء ممارسته لمهمته ثم توقف أخيرا عند حجية تقرير الخبرة تجاه المحاكم، فالخبرة مبدئيا قد قررت من أجل الاستئناس بها فقط فهي لا تلزم المحكمة وإلا أحللنا الخبير مكانها يفصل في المنازعات بين الأفراد[4].

---

[1]- جاء في لامية الزقاق البيت 190 وما بعده

وفي البلد الغراء فاس وربذ — ابقي أهلها من كل داء تفضـــلا
جرى العمل باللاني تأتــي — جرى بأندلس بالبعض منها فاصلا
لما فشا من قبح حال وحيله — فيخشى الذي للغير يبغي توصـــلا
فمن ذاك.......
......
وإقافة......
....

[2]- أحمد الرهوني حادي الرفاق ، المرجع السابق.
[3]- القرافي: الذخيرة، ج4، ص 302.
[4]- محمد الكشبور الخبرة القضائية، م.س، ص 54 وما بعدها.

وفي إطار مدونة الأسرة أشار المشرع إلى الخبرة القضائية كوسيلة إضافية من وسائل الإثبات عامة في مجال إثبات النسب أو نفيه وذلك في المادتين 153 و 158 والمقصود بها الخبرة الطبية التي لم تبق مقتصرة على الفحوصات الأولية فحسب وإنما تطورت إلى فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة والزوج والولد ذلك أن الأبحاث العلمية أظهرت منذ مدة ليست بالقصيرة أن دم الإنسان يتنوع إلى فصائل عدة[1] وأن لكل فصيلة خصائصها المحددة، وعن طريق هذا الفحص أمكن التوصل إلى أحد الفرضين:

الفرض الأول: ظهور فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلة الزوجين، وهذا معناه أن الزوج ليس الأب الحقيقي للطفل بكيفية مؤكدة.

والفرض الثاني: ظهور فصيلة دم الطفل موافقة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين وهذا معناه أن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون. ذلك أن الفصيلة الواحدة، قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون الزوج المدعى عليه واحدا منهم.

وكنتيجة لهذه المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت تبين أن فصائل الدم تفيد في نفي قاطع ولكنها لا تفيد في الحصول على إثبات مؤكد.

والمجلس الأعلى قبل صدور المدونة كان يرفض اللجوء إلى الخبرة الطبية للبت في المنازعة حول النسب، وأن العديد من قراراته اتجهت إلى قطع الطريق في وجه أي اتجاه يرغب في اعتماد أي وسيلة غير الوسائل الشرعية لإثبات النسب إذ من شأن الانحراف عن وسائل الإثبات الشرعية واعتماد الخبرة في النسب نسف الحديث النبوي الشريف[2] "الولد للفراش" وقد جاء في إحداها (أن ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب، وليس من بين هذه الوسائل وسيلة التحليل الطبي وإن ما نص عليه الفصل 76 من المدونة خاص فيما إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ

---

[1]- تتنوع فصائل الدم إلى أربعة أنواع وهي: A,B,AB,O غير أن هذه الفصائل في الغالب ما تكون مضافة إليها مادة RH فإذا كانت هذه المادة موجودة في الدم يرمز إليها بعلامة + وتكتب هكذا A^{RH+} وإذا كان الدم خاليا منها يرمز إلى الفصيلة بعلامة – وتكتب حينئذ هكذا A^{RH-} وباعتبار المادة المذكورة تكون مجموع فصائل الدم ثمانية.

[2]- أحمد زوكاغي، مقال في إثبات النسب منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 40، ص 9.

الطلاق أو الوفاة لمعرفة ما في البطن هل هو علة أم حمل)[1] وقد أكد موقفه هذا رغم دخول المدونة حيز التطبيق بجميع غرفه المجتمعة بتاريخ 2004/12/30 بموجب القرار 658 إذ تضمنت أن اعتماد الحكم الفرنسي المحتج به على دراسة الدم وتحليله لنفي نسب البنت عن أبيها المدعى عليه مخالف لمقتضيات الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية كما أنه كان في وسع الزوج الطاعن نفي النسب عن طريق اللعان.

وتطبيقا لقاعدة الاجتهاد مع وجود نص وعملا بمبدأ عدم رجعية القوانين فقرار المجلس الأعلى بغرفه المجتمعة المشار إليه أعلاه يتعلق بمراقبة التطبيق السليم للقانون على وقائع تمت قبل دخول المدونة حيز التنفيذ، غير أنه بعد تطبيق المدونة أصبح لازما اللجوء إلى الخبرة الطبية في موضوع النسب خاصة بعد اكتشاف البصمة الوراثية باعتبارها دليلا مؤكدا للنفي والإثبات لتحديد المسؤولية على خلاف تحليل فصائل الدم التي كانت نتائجها مقتصرة فقط على النفي دون الإثبات كما جاء في كتاب الخبرات الطبية (إن مقارنة الفصائل الدموية بين الأب المدعي والطفل لا تقود إلا إلى نفي الاتهام عن الشخص الذي لا يمكن أن يكون أبا ولكن هذه الطريقة لا يمكن أن تقود نتيجتها إلى الإثبات)[2].

والبصمة الوراثية حسب تعريفها العلمي "هي التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي ADN لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية"[3] ومن الملاحظ أن معرفة البصمة الوراثية لشخص ما يتم عن فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه كالدم والمني واللعاب أو لأخذ أنسجة الجسم كاللحم أو الجلد أو مواد أخرى كالشعر أو العظام أو في أحد الأدوات المستعملة كشفرة الحلاقة أو حتى في طعامه، بل أصبح الحامض النووي له دور في تشخيص الحمل وإثبات علاقة الأبوة قبل الولادة وفي وقت مبكر يمكن أن يصل إلى سبعة أيام بعد الحمل وذلك بإجراء تحليل مخبري على هرمون بالدم يسمى BHCG (hormone gonadotrophique chronique human) وهذه الاختيارات يمكن أن

---

[1]- قرارا لمجلس الأعلى صادر بتاريخ 15 شتنبر 1981 بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 30، ص 95.
[2]- ميشيل كود فرايد "الخبرات الطبية"، جامعات فرنسا، ص 45، الفرنسية.
[3]- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004، ص 28 وما بعدها.

تكشف الهرمون بدقة تبلغ 100% وباستعمال هذه التحاليل أصبح من الممكن تحديد الأبوة قبل ولادة الجنين.

ولأهمية هذا الفحص وخطورته على النسب أوصت اللجنة القومية للأخلاقيات في فرنسا بقصر استخدامه على بعض المعامل المتخصصة والمعتمدة رسميا، كما أوصت بأن لا يجري هذا الفحص إلا بناء على أمر أو حكم قضائي، وأوصت أخيرا بأن لا ينتدب في هذه المسائل كخبراء لدى المحاكم سوى المختبرات المعتمدة رسميا والمتخصصة في هذا المجال[1] حتى لا يتحول هذا الفحص إلى مضاربة تجارية يستغله عديمو الضمير الذين لا يرجون لقاء الله للإفلات من المسؤولية أو الوصول إلى مبتغاهم عن طريق الغي والظلم فيما لاحق لهم فيه.

وبخصوص حجية الإثبات بالبصمة الوراثية قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 16 المنعقدة بمكة المكرمة ايام 5 إلى 10 يناير 2002 أن البحوث والدراسات العلمية أفادت أن البصمة الوراثية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي ويمكن أخذها من أي خلية بشرية. ومن خلال المناقشات التي دارت حولها تبين أن نتائج البصمة الوراثية قد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى والديهم أو نفيهم عنهما، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي وإنما الخطأ في الجهد البشري، أو عوامل التلوث أو نحو ذلك وأوصى بالحذر في مجال إثبات النسب بالخبرة الطبية ويرى قصرها في حالات اختلاط المواليد في المستشفيات أو اثر كوارث طبيعية أو التنازع حول مجهول النسب.

وحول اللجوء إلى الخبرة الطبية يرى الأستاذ إبراهيم بحماني رئيس الغرفة الشرعية لدى المجلس الأعلى أنه يتعين اللجوء إلى الفحوص الطبية لمعرفة من ينسب إليه الولد عند الاقتضاء ولكن ذلك لا يكون إلا في الحالة التي يقع فيها نزاع حول نسبه ولا يوجد حل قانوني لذلك النزاع أما إذا وجد الحل القانوني كما إذا نتج الولد عن زواج مضى عليه أقل مدة الحمل وتم الاتصال بين الزوجين جنسيا فإنه لا يبقى هناك مبرر للجوء للفحص الطبي لأن الولد للفراش ولأن البنوة الشرعية مقدمة على البنوة الطبيعية[2] كما يرى أنه في حالة عدم ثبوت البنوة الشرعية بالنسبة للأب معالجة الموضوع بإجراء تحليل طبي على المولود فإذا ثبت أنه

[1]- مقال منشور بمجلة مصلحة المعلوميات للدرك الملكي عدد 7 يناير 2007، ص 6.
[2]- إبراهيم بحماني: مقال نسب الأبناء في الزواج الفاسد منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 149، ص 39.

من ماء المتهم في حالة الاغتصاب يمكن إلزامه بالإنفاق عليه إلى أن يبلغ قادرا على الكسب كما في حالة التكفل وفي حالة ازدياد مولود نتيجة جريمة فساد وثبت أنه من ماء من ساهم مع أمه في الفساد فإنه يتعين إلزامهما معا بالإنفاق عليه إلى أن يبلغ قادرا على الكسب كما في حالة التكفل أيضا وذلك استنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية (الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود) وتمشيا مع القضاء اللبناني الذي بت في موضوع تعويض الوالد لابنته غير الشرعية[1] ويرى الأستاذ محمد القدوري (محام) في مداخلته في ندوة لرابطة المحامين الاستقلاليين فرع الرباط يوم 15-2-2007 أن موضوع الخبرة الطبية يطرح نقاشا عريضا من حيث مدى درجة اليقين بنتيجتها. فقد تكون حاسمة بالنسبة للأم إذا أفادت يقينية الولادة، ولكنها لن تجدي بالنسبة للأب إلا في حالات محدودة لأن نتيجتها ومهما كانت درجة اليقين فيها إنما تقتصر على إثبات العلاقة الطبيعية بين الأب والابن وليس من شأنها أن تفيد توفر الشروط الشرعية على الوجه المقرر لذلك فالزوج يمكن دائما له اللعان كلما توفرت شروطه ولا يمكن أن يحتج عليه بالخبرة الطبية إلا في الحالات التي يرى المجمع الفقهي الإسلامي الاقتصار عليها.

ويرى الأستاذ الكشبور عدم التنافي بين أعمال الخبرة بالبصمة الوراثية مع أحكام الشريعة الإسلامية وإن كانت مدونة الأسرة أشارت إلى الخبرة الطبية فهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء فعلى المستوى الفقهي يقول ابن القيم الجوزية "فإن ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهها بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له"[2]. وعلى خلاف ذلك يرى الأستاذ أحمد زوكاغي أنه ما دامت وسائل إثبات النسب محددة انطلاقا من الحديث النبوي "الولد للفراش" فلا داعي لإضافة وسائل أخرى مستحدثة بدعوى التقدم العلمي أو التطور التكنولوجي اعتبارا لأن الرسول محمد عليه السلام ((وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحي))[3] وفي معرض تعليقه على القرار 658 المشار إليه دعا المجلس الأعلى أن يبدي نفس الحرص والصرامة

---

[1]- إبراهيم بحماني: المرجع السابق، ص 58.
[2]- ابن القيم الجوزية "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية"، ص 20.
[3]- سورة النجم الآيتين 3 و 4.

والوضوح في أي حكم من أحكام مدونة الأسرة يمكن احتمالا أن يكون مخالفا لنص شرعي قطعي الثبوت والدلالة، ويعني بذلك على وجه التحديد، وطء العاقد في العدة ولو بعدها وهي مسألة سكتت عنها مدونة الأسرة لسنة 2003 بحيث يتعين على القضاء المغربي الإعلان عن حل الزواج الذي يتم في الحالة المذكورة ويتعين أن لا يفسر سكوت المدونة إجازة لتلك الحالة أو للحمل أو الولد الذي ينتج عنها ما ذكر في الآية الواردة في سورة البقرة تقضي بكل جلاء ووضوح بأنه" ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"[1].

واستنادا على نصوص مدونة الأسرة التي تبيح للقاضي استعمال كل الوسائل المشروعة من أجل إثبات النسب بما في ذلك الخبرة الجينية ورغبة في صيانة حقوق الأفراد والجماعات وتجاوزا لكثير من المشاكل المرتبطة بمعرفة النسب الأبوي وتفاديا للنزاعات العائلية وتطبيقا للمادة 400 من المدونة التي تقتضي الرجوع إلى المذهب المالكي في ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة والاجتهاد والذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف فإني أرى الاستعانة بالخبرة الطبية في تحديد النسب كلما دعت الضرورة إلى ذلك مع التقيد بالأحكام الشرعية حتى لا تخالف نتيجتها نصا شرعيا قطعي الثبوت والدلالة وذلك وفق الشروط القانونية صونا للحقوق والأنساب، وهكذا فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى أوجب على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنعها والاستعانة بها فيما إذا تمسك المطلق بنفي نسب الولد بسبب عدم العلم بوجوده واختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياده بنفي نسب الولد بسبب عدم العلم بوجوده واختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياده فضلا عن ادعاء العقم[2]

---

[1]- سورة البقرة، الآية 233.

[2]- المجلس الأعلى: قرار عدد 150 صادر بغرفتين بتاريخ 2005/3/9 منشور بقرارات المجلس الأعلى بغرفتين من إعداد الأستاذ إدريس بلمحجوب، ج 3، ص 269.

المبحث الثاني

إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في إثبات النسب ونفيه

سأقوم بتقسيم هذا المبحث إلى فرعين:

- الفرع الأول: إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في إثبات النسب

- الفرع الثاني: إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في نفيَ النسب.

الفرع الأول

إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في إثبات النسب

نصت المادة 158 من مدونة الأسرة "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية" فالذي يمكن توضيحه بالنسبة لهذا النص عندما يمكن نسبة الولد إلى والده فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحليل الطبي لأن البنوة الشرعية تثبت بالفراش كما تثبت بإحدى الوسائل التي عددتها المادة المذكورة مستقلة عن الأخرى ووقع فيها العطف – بأو – وليست من بينها الخبرة الطبية التي تم عطفها على تلك الوسائل كلها بحرف – الواو ومعنى ذلك أن الخبرة الطبية لا يلتجأ إليها إلا في حالة النزاع أو في حالة الإخلال بشروط الفراش أو نكاح الشبهة أو تعذر معرفة من ينسب إليه الولد.

أما باعتبار الخبرة الطبية وسيلة إثبات مستقلة يلحق بها النسب فإن ذلك يقتضي إلحاق أبناء الزنا بآبائهم ونسف للحديث الشريف "وللعاهر الحجر" ومساس خطير بالنظام العام وبالعقيدة وتحليل لنظام التبني الذي حرمته الشريعة الإسلامية وأبطلته فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لا إلى أبيه المزور، والإسلام دين الحق والعدل والعنصر الغريب عن الأسرة ذكرا أو أنثى لا ينسجم معها قطعا في خلق ولا دين، وقد تقع مفاسد ومنكرات عليه أو منه لإحساسه أنه أجنبي، فمن تبنى لقيطا أو مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده، لم يكن ولده حقيقة، فلا يثبت التوازن بينهما، ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة ومن

كان له أب معروف نسب إلى أبيه، ومن جهل أبوه دعي مولى وأخا في الدين، منعا من تغيير الحقائق، وحفظا لحقوق الآباء والأولاد من الضياع أو الانتقاص، وتوفيرا لوحدة الانسجام في الأسرة، فكثيرا ما أساء الولد المتبن للزوجين وأقاربها في العرض والمال[1].

فقاعدة الولد للفراش نجد سندها الشرعي في الحديث الشريف الذي رواه ابن شهاب الزهري عن عروة أن السيدة عائشة أم المؤمنين، قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، أنظر إلى شبهه: وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجى منه يا سودة بنت زمعة، قالت: فلم يرسودة قط"[2] ومعناه أن الولد يلحق الأب الذي له زوجية صحيحة أما الزنا فلا يصلح سببا لإثبات النسب وإنما يستحق الزاني العاهر الرجم أو الطرد بالحجارة، وقد دل ظاهر الحديث على أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد وهو رأي الجمهور، وروي عن أبي حنيفة أنه يثبت بمجرد العقد لأن مجرد المظنة كافية. وبانعدام الفراش لا يلحق الولد ولو أقربه وهذا ما أكده المجلس الأعلى "البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه ولو أقر ببنوتها وكانت من مائه لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه لقول الشيخ خليل إنما يستلحق الابن مجهول النسب[3] وعليه إذا كان النسب ثابتا بالفراش بشروطه الشرعية فالولد لاحق ولا فائدة من إثباته بالخبرة الطبية".

كما أن النسب يثبت بالشبهة، فمتى أمكن درء الحد بالشبهة إعمالا للحديث الشريف (ادرؤوا الحدود بالشبهات) لحق الولد كما قال ابن عاصم في تحفته وحيث

درء الحد يلحق الولد   في كل ما من النكاح قد فسد

1- الزحيلي: المرجع السابق، ص 674 وما بعدها.
2- حديث صحيح رواه الشيخان (البخاري ومسلم) في صحيحهما وأحمد في مسنده وأبو داود في سننه والنسائي وابن ماجة إلا الترمذي (نيل الأوطاج، ج 6، ص 279).
3- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1983/3/30، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 109 وما بعدها.

ومن ذلك حالة ظهور حمل بالمخطوبة المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة التي ينسب فيه للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

1- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

2- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة

3- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

وبهذا الصدد يقول الأستاذ أحمد الغازي الحسيني إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعته لدون ستة أشهر من تاريخ الإشهاد به فإن الاجتهاد الفقهي متجه إلى إلحاق الحمل، والولد بالخطيب إذا تم الإيجاب والقبول منهما وثبتت الخلوة بينهما وفشا ذلك عند الأقارب والجيران ولم ينف الخطيب الحمل عن نسبه إلا بلعان لأنهما زوجان في الواقع يتعاشران معاشرة الأزواج ويؤخران الإشهاد بالعقد إلى أن يهيئا بيت الزوجية، وعقد الزواج يتحقق بشهرته عند الأقارب.

وبهذا الاجتهاد تصان كرامة كثير من النساء في الواقع وتحفظ أنساب كثير من الأولاد الذين يوجدون في هذه الوضعية المنتشرة اليوم ويقضي على كثير من المحتالين الذين يريدون إنهاء العقد الرضائي بإرادتهم المنفردة مع التخلص من تبعية الأحمال لهم في النسب والجنسية والنفقة وسائر تكاليف الأب بجنحة عدم وجود العقد الشكلي[1].

غير أن المجلس الأعلى لم يأخذ بهذه النظرية الفقهية القائلة بجواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالمخطوبة قبل أن يعقد عليه الخطيب ولحوق النسب بالخطيب إذا أمكن الاتصال لما فيها من مخالفة لأصول الفقه المعمول به، والحديث الشريف – الولد للفراش[2].

ويظهر من نص المادة 156 المشار إليه أن المدونة أخذت بالنظرية الفقهية المذكورة، حماية للزوجة والطفل، وقد صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط ألحق نسب طفلة بوالدها لشبهة ظهور الحمل بالمخطوبة بعد توفر شروطها وذلك بنقلها من بين أهلها إلى بيته وإسكانها

[1]- أحمد الغازي الحسيني: "الولد للفراش" منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 130 لسنة 1980، ص45.
[2]- قرار المجلس الأعلى، عدد 622 صادر في 1988/5/10، منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 140-141، ص 155.

مع ضرتها وثبوت الاتصال وعدم الطعن في نسب الطفلة رغم ظهور الحمل ودون تقديم دعوى نفي النسب في إبانها عنه[1] وقد عدل المجلس الأعلى عن موقفه السابق وقرر: أن إثبات الزواج لا يترتب عنه بالضرورة إثبات النسب، كما أن عدم إثبات الزواج لا يمنع من إثبات النسب[2] وقرر أيضا أن النسب يثبت بالإقرار كما يثبت بالفراش أو البينة ولو بنكاح فاسد أو شبهة وتترتب عنه جميع نتائج القرابة وتستحق النفقة والتوارث ولا تعجيز في إثباته"[3]، كما أن"إقرار الزوج بالحمل في البينة الشرعية التي أقيمت بطلب منه لإثبات العلاقة الزوجية لا ينقضه الرجوع عنه بادعاء الزنا ولا تأثير لمحضر الضابطة القضائية ولا للحكم الجنحي القاضي بإدانته"[4] ذلك أن النسب يجاز بما يجيز به الناس شؤونهم "والرجوع في الإقرار بالنسب غير جائز"[5].

الفرع الثاني

إمكانية اعتماد الخبرة الطبية في نفي النسب

بمقتضى المادة 153 من مدونة الأسرة يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة طبية تفيد القطع، بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه
- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة.

فإن الخبرة الطبية في هذا المجال الخطير جدا لا تعتمد إلا بشروط

- **الشرط الأول:** أن يدلي الزوج المعني بالأمر مثلا، بنفي النسب بشواهد طبية تثبت عقمه أو بمحاضر للشرطة تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية، أو يتأكد أن الغير قد اتصل بها عن طريق الشبهة، أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو أقصاها غير

---

[1]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 253 الصادر بتاريخ 2006/3/27، غير منشور.
[2]- قرار المجلس الأعلى عدد 104 الصادر في 2006/11/1 غير منشور.
[3] - قرار المجلس الأعلى، عدد 435 الصادر في 2006/9/22 غير منشور.
[4]- قرار المجلس الأعلى، عدد 337 الصادر في 2002/5/2، غير منشور.
[5]- قرار المجلس الأعلى، عدد 365 الصادر في 2002/5/9 غير منشور.

مضبوطة أو يقوم لديه شك في إمكانية الاتصال أو يحصل اختلاط مولودين داخل المستشفى ويتعذر التأكد من هويتهما، ففي غياب دلائل قوية يمتنع اللجوء إلى الخبرة، ويبقى أن فكرة الدلائل القوية هذه مسألة واقع لا مسألة قانون، وإن كانت تحتاج إلى تعليل سليم.

- **الشرط الثاني**: صدور أمر قضائي بالخبرة، أن يصدر أمر من المحكمة بإجراء الخبرة من جهة مختصة، بحيث من غير المقبول مثلا أن تقبل المحكمة من الزوج خبرة طبية اتفاقية لم يسبق للمحكمة أن أمرت بها.

- **الشرط الثالث**: أن تفيد الخبرة الطبية القطع مع العلم أن نتائج البصمة الوراثية قاطعة لم تعد محل شك حتى في مجامع الفقه الإسلامي[1].

وفي غياب دلائل قوية لم تلتجئ محكمة الاستئناف بالرباط إلى الخبرة الطبية حين ادعى المستأنف أنه عقيم وأدلى بشواهد طبية تثبت أن حركة الحيوانات المنوية لديه هي 0% فهو غير منجب أصلا وأجابت المستأنف عليها أن البنت ازدادت أثناء فترة الزواج وقام الزوج بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية والولادة تمت عن طريق التخصيب الاصطناعي دون أن ينكر عليها المستأنف ذلك، فادعاء العقم مع عدم قابلية الزوج للإخصاب تدحضه ما ادعته المستأنف عليها بخصوص الحمل الذي كان نتيجة التخصيب الاصطناعي مما كان معه طلب إجراء خبرة تحليلية غير مجد[2].

والذي يستفاد من هذا القرار أن الولادة تمت قبل الطلاق دون أن يبادر الزوج إلى نفي النسب عن طريق اللعان في إبانه وتأخيره عن ذلك يلحق به النسب كما أشار إلى ذلك ابن عاصم في تحفته:

وساكت والحمل حمل بين　　　　يحد مطلقا ولا يلتعن

ولا يتيح له ذلك اللجوء إلى الخبرة الطبية لأن النسب أصبح لاحقا.

كما أن قيام المستأنف لدى المصالح الإدارية بإنجاز وثائق يقر فيها بنسب البنت إليه وتسجيلها بالحالة المدنية فإنه يتعين الأخذ بهذا الإقرار ولا ينفعه الرجوع فيه.

---

[1]- محمد الكشبور: المرجع السابق، ص 312 وما بعدها.

[2]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 225 بتاريخ 2006/10/2.

وبخصوص الخيانة الزوجية فإنه لا يترتب عنها نفي النسب ما دام الزوج لم يسلك الطرق المحددة قانونا لنفي النسب وأن الفراش إذا ثبت يعتبر حجة قاطعة لثبوت النسب ولا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة طبية تفيد القطع بشرطين[1].

ويشترط في اللعان كوسيلة لنفي الحمل أن يتقدمه استبراء ذلك "أن من شروط تمكين الزوج من ملاعنة زوجته لنفي حمل ورؤية زنا أن يتقدم ذلك استبراؤها بالطرق الشرعية وإلا لم يجز الحكم بنفي النسب"[2] والتعجيل بتقديم دعوى اللعان ذلك " أن الأب إنما يحق له نفي نسب الحمل في أول علمه به. أما إذا سكت فلا يحق له ذلك، كما هو معلوم فقها مسلما، وهو المنصوص عليه يقول خليل مسبوك بعبارات شارحه "الزرقاني" وإن وطئ وآخر لعانه بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين بلا عذر امتنع لعانه في الصور الأربع ولحق به الولد"[3].

وقد جرى العمل بفاس بترك اللعان بين المسائل التي جرى العمل بتركها خلاف المشهور كما أشير إليه سابقا قال الفقيه الرهوني ترك اللعان مطلقا هو مذهبنا[4] وهو ما كان عليه العمل بتطوان. أما في فاس فقد قال التسولي صاحب البهجة على شرح التحفة قد وقع اللعان مرارا بعد سنة 1240 هجرية بجامع القرويين كما ذكره الزقاق من تركه مطلقا لا يعول عليه[5].

إذا كانت شروط دعوى اللعان من الصعب تحققها إلى أن وقع العمل بتركها سترا للنساء وحفاظا على الأنساب، فإنه لا يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية كبديلة لها، كما سبقت الإشارة إلى ذلك لأنه بسقوط دعوى اللعان يلحق النسب ولا يمكن نفيه بالخبرة بعد ذلك.

غير أنه في حالة حصول الريبة في الحمل فقد أكد المجلس الأعلى أن قرينة الفراش الشرعي قرينة قاطعة على إثبات النسب، لأن ذلك مشروط بأن تكون الولادة ثابتة التاريخ وداخل الأمد المعتبر شرعا بشكل لا مراء ولا جدال فيه وتمسك الطاعن بنفي نسب الولد بسبب

---

[1]- قرار المجلس الأعلى، عدد 48 الصادر في 2006/6/28 غير منشور.

[2]- قرار المجلس الأعلى، عدد 128 بتاريخ 1971/7/5، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص34.

[3]- قرار المجلس الأعلى، عدد 115 بتاريخ 1972/5/22 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 25، ص137.

[4]- أحمد الرهوني: المرجع السابق، ص 434.

[5]- سيدي المهدي الوزاني تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، ص 115.

عدم العلم بوجوده إلا بعد مرور أكثر من عشر سنوات عن تاريخ ولادته واختلاف الزوجين بشأن تاريخ ازدياده فضلا عن ادعاء العقم يوجب على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا، ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع الاستعانة بها[1].

خاتمـــــة:

يتجلى مما سبق أن المشرع متشوف إلى لحوق الأنساب بأصحابها حفاظا على كيان الأسر من الشتات وسترا لأعراض النساء ورعيا لحقوق الأطفال حتى لا يبقوا عرضة للضياع مجهولي الهوية والجنسية، وحتى يترعرعوا في مجتمع نظيف يؤمن بالقيم الإسلامية وبأخلاقياته، وهكذا فمن لم نعلم له أبا فهو أخ لنا ومن موالينا امتثالا لقوله تعالى: ((فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم))[2].

وهكذا نرى الفقه والقضاء وإن كانا يتساهلان في إلحاق النسب فإنهما يتشددان في نفيه ويلحقانه ليس في الزواج الصحيح فحسب بل حتى في الزواج الفاسد وكذا الباطل أو للشبهة إذا كان الوطئ حسن القصد والنية. والقضاء المغربي وعلى رأسه المجلس الأعلى لم يعتد بالخبرة الطبية كوسيلة لنفي النسب كما في قرار عدد 150 بغرفه المجتمعة المشار إليه سابقا بعد فوات أمد اللعان لكون النسب أصبح لاحقا شرعا إلا إذا كانت الولادة غير ثابتة التاريخ بشهادة قطعية الدلالة صادرة عن الطبيب المشرف على الولادة والمولدة أو مستخرجة من سجلات الولادات بالمستشفى لأن اعتماد الخبرة الطبية بما في ذلك البصمة الجينية مطلقا به مساس خطير بالنظام العام.

---

[1]- بلمحجوب: المرجع السابق، قرار المجلس الأعلى، عدد 150 بتاريخ 2005/3/9، ص 269.

[2]- سورة الأحزاب، الآية 5.